

QUESTÃO DE DIREITO E JULGAMENTO EM TESE

NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS

*Juiz Federal, professor na Faculdade de Direito de Bauru, ITE, e
mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo*

1. O PROBLEMA

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta séria crise resultante da constatação inarredável de que o serviço que presta é demasiadamente moroso. As estatísticas comprovam que o tempo de duração de um processo judicial é, de regra, muito grande. Entre o exercício do direito de ação e a efetivação da tutela jurisdicional medeia intervalo que pode ser de vários anos.

Essa demora prejudica não só a imagem da Justiça como — e principalmente — o compromisso que o Estado tem de proporcionar ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa¹. Na era da velocidade, em que tudo ou quase tudo se resolve instantaneamente, não mais se aceita que alguém tenha de esperar tanto tempo para receber o que o Direito lhe assegura.

A dificuldade maior é, sabidamente, estrutural. A máquina judiciária não possui meios humanos e materiais para atender satisfatoriamente a demanda. A solução passaria, portanto, por

¹ Sobre o assunto, v. Kazuo Watanabe, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, in *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988, p. 128.

grandes investimentos, dependentes de vontade política que infelizmente não existe.

Para minimizar o problema, várias tentativas vêm sendo feitas, notadamente no campo legislativo. As recentes reformas processuais, a criação dos Juizados Especiais e a nova lei da arbitragem são claras mostras desse verdadeiro *movimento* contra a morosidade judicial.

No mesmo diapasão, os juízes também têm prestado sua colaboração, repensando as praxes cartoriais e racionalizando o serviço. A informatização das serventias e gabinetes, muitas vezes com recursos próprios dos magistrados e servidores, é digna dos maiores encômos.

Iniciativas como essas precisam, contudo, respeitar alguns parâmetros. O legislador, ao reformar o ordenamento processual, não pode suprimir garantias constitucionais. Seria verdadeiro absurdo, p. ex.: retirar do réu o direito de defesa ou vedar a qualquer das partes a produção de provas, a pretexto de conferir celeridade ao processo. Do mesmo modo, o juiz não pode, com o fim de agilizar a prestação jurisdicional, desrespeitar o ordenamento jurídico.

É justamente nesse último ponto — a atuação do juiz no processo — que se prende a preocupação maior do presente trabalho. Com efeito, algumas práticas têm sido adotadas sem qualquer cuidado científico e, o que é pior, em prejuízo daquela que é a maior garantia do cidadão em relação ao serviço judiciário: o respeito ao devido processo legal².

Somente a título exemplificativo, citam-se algumas distorções: a) o deferimento de liminares sem o exame do perigo da demora, ao argumento (jamaís confessado) de que é preciso fazê-lo porque o acúmulo do serviço judiciário acarreta o prolongamento da tramitação do feito, retardando a prolação da sentença; b) a adoção da chamada *falsa motivação*, consistente na simples

² V., a propósito, José Carlos Barbosa Moreira, *A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito*, in *Temas de Direito Processual*, segunda série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

afirmação de que o caso dos autos conforma-se ao modelo legal, quando o correto é demonstrar essa conformidade com elementos extraídos dos autos, de forma crítica e não meramente enunciativa; e c) a postergação da análise do fato para a fase de liquidação da sentença ou para a execução.

No primeiro caso, esquece-se que a liminar é medida de exceção, porquanto deferida com base em cognição parcial e sumária; esquece-se que o processo também se dirige ao réu, que muitas vezes sofre por longo tempo as consequências de uma medida indevidamente deferida; esquece-se que a configuração do perigo da demora exige, de regra, o reccio de ineficácia do provimento final e não o simples inconveniente do retardamento.

No segundo exemplo, o erro é ainda mais grave. Ao dizer que defere uma liminar cautelar *porque estão presentes o fumus boni juris* e o *periculum in mora*, o juiz não motiva sua decisão, não dá as razões de seu convencimento, não demonstra como chegou a tal conclusão. Em outras palavras, o juiz quebra o dever insculpido no art. 93, IX, da CF, violenta a consciência do justo e afronta, a mais não poder, o Estado Democrático de Direito.

Finalmente, no terceiro caso, tem-se a cisão da atividade jurisdicional de conhecimento, transformando a sentença em mera definidora de teses jurídicas e expondo o Judiciário a situações deveras constrangedoras. Casos há em que o juiz julga procedente o pedido, condena o réu e, na fase de liquidação, percebe-se que o autor não se enquadrava, concretamente, na hipótese fática pressuposta.

Para ilustrar o problema, basta lembrar dos inúmeros casos em que se acolheu a pretensão de trabalhadores rurais, no sentido de receberem um salário mínimo a título de aposentadoria (CF, art. 201, § 5º). Em muitos processos, o INSS foi condenado a pagar diferenças desde a promulgação da Constituição Federal, percebendo-se, mais tarde, na fase de liquidação ou na execução, que a data de início do benefício era posterior à edição da Carta Magna.

Outro exemplo é o entendimento, externado em alguns acórdãos de nossos tribunais, de que *os extratos das contas*

*vinculadas ao FGTS não se afiguram como documentos essenciais ao julgamento de demanda que versa sobre definição de qual índice deve ser aplicado para a correção monetária do saldo das referidas contas uma vez que tais documentos terão utilidade apenas no momento da liquidação de eventual sentença procedente.*³ O argumento utilizado é o de que a prova é desnecessária, pois a questão é *unicamente de direito*.⁴

Com todo o respeito que merecem tais decisões, parece que está havendo confusão entre *questão unicamente de direito* e *julgamento em tese*. É o que se tentará demonstrar a seguir.

2. O CONTEÚDO DA SENTENÇA

A doutrina tradicionalmente fala em três espécies de processo, conforme o tipo de tutela jurisdicional pretendida: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.⁵

Ensina Liebman⁶ que no processo de conhecimento *o juiz fórmula na sentença, em forma positiva (p. ex., Tício deve 100 libras a Caio) ou negativa (p. ex., Tício não deve 100 libras a Caio), a regra jurídica concreta que disciplina o caso que constituiu o objeto do processo*.

O mestre italiano ensina também que: *além de acertar e declarar os direitos, é preciso fazer com que eles sejam satisfeitos; além de formular a regra jurídica concreta que*

³ Ac. unân. da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na AC 03038200, rel. Juíza Sylvia Steiner, j. 18-3-97, DJU II de 2-4-97, p. 19.521.

⁴ V. ac. unân. da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na AC 0435778, rel. Juíza Silvia Goraieb, j. 26-9-95, DJU II de 20-12-95, p. 88.942. Na ementa consta que são *"ínúteis e desnecessários os extratos questionados na fase de instrução, e precipitada a pretensão do autor, que deve reservar-se para a liquidação de sentença, caso procedente a ação e se necessário for"*.

⁵ Com a inserção, em nosso ordenamento jurídico, da chamada *ação monitória*, parte da doutrina fala em uma quarta espécie de processo - o processo monitório - que não se encaixaria em qualquer das figuras tradicionais. V. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 229.

⁶ Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, trad. Cândido Rangel Dinamarco, 1985, v. 1, p. 164.

*disciplina determinada situação, é necessário tratar de atuá-la, de traduzi-la em fatos reais, modificando a situação de fato existente, de modo a fazê-la ficar como deveria ser (fazer que Tício tenha efetivamente as 100 libras que lhe são devidas ou a coisa móvel ou imóvel que lhe deve ser entregue, e assim por diante).*⁷ Essa é a função do processo de execução.

Liebman acrescenta que: *no tempo que flui enquanto se espera para poder iniciar o processo, ou enquanto este se realiza, pode acontecer que os meios necessários a ele (isto é, as provas e os bens) fiquem expostos ao perigo de desaparecer ou de, por alguma outra forma, serem subtraídos à disponibilidade da Justiça; ou, mais genericamente, pode acontecer que o direito cujo reconhecimento se pede esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Nesses casos, à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas ou os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil.*⁸ Isso se faz através do processo cautelar.

Em síntese, portanto, o processo de conhecimento formula, através da sentença, a regra jurídica concreta para o caso trazido a Juízo; o processo de execução realiza o comando contido no título; e o processo cautelar assegura que o processo principal (de conhecimento ou de execução) produza um resultado útil.

Mas o que seria, exatamente, essa *regra jurídica concreta*, enunciada na sentença do processo de conhecimento?

Para respondermos a esta indagação, é preciso relembrar algumas noções básicas de direito processual.

Sabe-se que a petição inicial deve conter a causa de pedir, consistente nos *fatos e fundamentos jurídicos do pedido* (CPC, art. 282, III). Deveras, o demandante descreve os fatos e afirma que deles resulta uma consequência jurídica que o favorece. Em outras

⁷ Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 203.

⁸ Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 216.

palavras, o autor deve sustentar que os fatos narrados produzem uma repercussão no mundo do Direito.

Do mesmo modo, o juiz, ao acolher o pedido do autor, dirá que os fatos efetivamente se deram de acordo com a descrição feita na exordial e, mais do que isso, que eles se subsumem à norma jurídica prevista em abstrato. Ao afirmar isso, o juiz estará formulando a *regra jurídica concreta*, vale dizer, o comando jurídico para o caso concreto.

Por aí se vê, sem qualquer dificuldade, que a cognição do juiz não se resume apenas ao aspecto jurídico e tampouco ao fático. Mais uma vez socorremo-nos de Liebman para dizer que: *o conhecimento do juiz tem necessariamente dois objetos diferentes: a verificação dos fatos e a aplicação do direito.*⁹ Na sentença, o juiz faz *uma valoração jurídica do fato, realizada conforme o direito vigente; do fato, tal como foi reconstruído, devem ser deduzidas as consequências estabelecidas abstratamente pelo direito.*¹⁰

Assim, reconstruir os fatos sem aplicar a regra jurídica não é sentenciar, é relatar o resultado de uma investigação; do mesmo modo, individualizar uma regra jurídica sem afirmar que nela se subsume o fato concreto não é sentenciar, é emitir um parecer sobre uma hipótese. Nenhuma dessas duas coisas pode ocorrer no processo. A função do juiz não é a de opinar, mas a de decidir.

3. O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

O procedimento do processo de conhecimento desenvolve-se em quatro fases: a postulatória, a de ordenamento (também chamada de fase de saneamento), a instrutória (ou probatória) e a decisória.

Na primeira, estão compreendidas a petição inicial, a citação e a resposta do réu. Na segunda, têm lugar as providências

⁹ Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 165.

¹⁰ Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 166.

preliminares e o julgamento conforme o estado do processo. A terceira fase compreende a produção das provas. E, por último, a quarta fase é representada pela sentença.

Essas fases não são estanques, isto é, não há limites rígidos entre uma e outra. Sabe-se, p. ex.: que a produção da prova documental é feita, de regra, com a petição inicial e a com a resposta (CPC, art. 396); também não se ignora que, na fase do julgamento, conforme o estado do processo, pode haver a extinção do processo, com ou sem julgamento do mérito. A divisão por fases possui fins didáticos e considera o critério da atividade predominante.

Interessa-nos tratar, neste item, do *julgamento conforme o estado do processo* e mais precisamente do *julgamento antecipado da lide*.¹¹

Encerrada a fase postulatória e cumpridas as providências preliminares (se houver necessidade delas), o juiz procederá ao julgamento conforme o estado do processo (CPC, art. 328).

No julgamento conforme o estado do processo, o julgador adotará um dentre três caminhos: a extinção do processo (CPC, art. 329); o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330); ou o saneamento (CPC, art. 331).

O art. 329 reúne as hipóteses de *extinção atípica* do processo. O processo deverá ser extinto quando ocorrer qualquer das situações previstas nos arts. 267 e 269, II a V, do CPC.

Se não for caso de *extinção atípica*, o julgador deverá verificar a possibilidade de o pedido ser apreciado de pronto ou se ele depende de outras provas. Se concluir que o feito está maduro para receber pronunciamento acerca do pedido, o juiz aplicará o disposto no art. 330 do Código, julgando antecipadamente o mérito. Trata-se da forma *típica* de extinção do processo, contemplada no art. 269, I.

¹¹ A doutrina moderna rejeita a noção de que a lide seja o objeto do processo. Desse modo, o melhor é dizer que o art. 330 do CPC contempla o julgamento antecipado do *mérito* ou do *pedido*. V. por todos Cândido Rangel Dinamarco, O Conceito de Mérito em Processo Civil, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, RT, 1986.

Por fim, se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, o juiz partirá para o saneamento do feito, encaminhando-o para a fase instrutória ou probatória (CPC, art. 331). Isso ocorrerá quando não ocorrer qualquer das situações dos arts. 267 e 269, II a V, e, mais, quando não for possível o julgamento antecipado.

Resta saber em que casos o juiz poderá julgar antecipadamente o mérito. A resposta advém do art. 330: a) quando a questão for unicamente de direito; b) quando os fatos já estiverem esclarecidos pela prova já produzida; c) quando ocorrerem os efeitos da revelia.

A questão será unicamente de direito quando o réu não houver discordado da versão fática trazida pelo autor. Nada impede que o réu admita os fatos mas divirja do autor no tocante aos respectivos efeitos jurídicos; o demandado pode aceitar os fatos, mas sustentar tese jurídica diversa daquela afirmada na petição inicial. Um exemplo: o autor descreve um fato e pede a aplicação de determinada lei ordinária; o réu admite que o fato ocorreu exatamente do modo referido pelo autor, mas nega a aplicabilidade da aludida lei, ao argumento de que esta fere o texto constitucional.

Num caso como esse, não há por que deixar de julgar o feito.¹² O juiz terá, apenas e tão-somente, de examinar as teses jurídicas das partes, a fim de concluir pela aplicabilidade ou não daquela lei, conforme ela seja ou não constitucional. Para decidir essa questão não é preciso realizar audiência de instrução e julgamento; o juiz julga antecipadamente o *meritum causae*.

Note-se, porém, que o juiz não se cingiu a individualizar a regra jurídica; ele a aplicou ao caso concreto. O juiz não precisou *decidir* (emitir juízo próprio de valor) sobre o fato, pois as partes estavam de acordo nesse particular. Mas é evidente que o juiz aplicou a regra jurídica ao caso concreto, pressupondo que o fato ocorreu de acordo com a versão única.

¹² É claro que, se o fato não comportar confissão, não será possível o julgamento sem o exame das provas. A questão de fato fica pressuposta.

4. EXEMPLOS PRÁTICOS

Ao início deste trabalho, falou-se em duas situações práticas em que se tem confundido os conceitos de *questão de direito* e de *pronunciamento em tese*.

No caso das diferenças de aposentadoria, devidas aos trabalhadores rurais nos termos do art. 201, § 5º, da CF, o correto seria examinar a situação de cada autor, a fim de verificar se ele era aposentado e qual a data do início do benefício. Dizer, em milhares de processos, que o benefício é devido desde a promulgação da Constituição não é sentenciar o caso concreto, mas emitir um juízo hipotético, isto é, em tese.

Nas demandas referentes à correção monetária sobre as contas de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, do mesmo modo, não há, *data venia*, questão unicamente de direito. A *questão é de direito e de fato*, pois é preciso verificar se, ao tempo em que teria ocorrido o crédito a menor, o autor era titular de conta desse tipo e se nela havia saldo.

Em tese, abstratamente, pode ser que os trabalhadores tenham direito a tais diferenças. Mas será que aquele autor, precisamente aquele que titulariza o processo em exame, está na situação que produza o direito a receber diferenças? Será que o demandante, no caso concreto, possuía conta de FGTS naquela época? E será que havia saldo nela?

Esse aspecto precisa ser verificado em cada processo e a respeito de cada um dos autores (já que é comum o litisconsórcio). E o único momento em que isso pode ocorrer é o do julgamento do processo de conhecimento. É na sentença, e somente nela, que o juiz se pronunciará sobre a tese jurídica e se o autor será, concretamente, beneficiado por ela.

Para decidir sobre esse aspecto fático, o juiz não pode contentar-se com a prova da opção pelo sistema do FGTS (feita, normalmente, pela juntada de cópia da Carteira de Trabalho), pois é possível que não tenha havido depósito. E o que importa não é saber se o autor era optante, mas descobrir se ele tinha conta de FGTS na época dos expurgos inflacionários. A melhor forma

(embora não se possa dizer que seja a única) de provar isso é, sem dúvida, a da juntada dos extratos.

Lembre-se que a demanda é instaurada em face da Caixa Econômica Federal (e não do empregador) e que o fato constitutivo do direito é a não-incidência do índice devido de correção monetária sobre o saldo da conta. Se não havia conta ou se não havia saldo, o pedido deverá ser julgado improcedente, visto não existir qualquer diferença a receber. Não havendo crédito, a pretensão do autor deverá ser rejeitada, no mérito. O autor não terá direito a receber qualquer importância da Caixa Econômica Federal.¹³

O que se tem visto, todavia, é, repita-se, que alguns juízes e tribunais, ao argumento de que a questão é unicamente de direito, julgam apenas a tese jurídica, sem examinar concretamente o aspecto fático. Em tais casos, *data venia*, não há sentença, mas mero parecer sobre hipótese.

Com efeito, o dispositivo dessas *sentenças* fica condicionado à existência de conta e de saldo. É como dizer: *se o autor possuía conta de FGTS e se nela havia saldo nas épocas dos expurgos, haverá crédito a receber*. Ora, a sentença do processo de conhecimento já deve definir tais questões. A sentença deve acertar a controvérsia, declarando se havia conta e saldo. O Código de Processo Civil, aliás, proíbe a prolação de sentença condicional (CPC, art. 460, parágrafo único).

A única coisa que pode ficar pendente é a verificação do *quantum debeatur*. O juiz pode remeter para a fase da liquidação da sentença a apuração do *valor* da condenação; nunca poderá, contudo, postergar para outro momento a verificação da *existência de conta e de saldo*.

A adoção do sistema de julgamento, em tese, traz vários inconvenientes. Imagine-se que o juiz acolha a tese jurídica esposada na inicial e relegue para a liquidação ou para a execução

¹³ A ausência de conta ou de saldo tem levado alguns a pensar que o caso é de carência de ação por falta de interesse de agir. Não é possível concordar com isso. Se não há crédito, o pedido improcede.

a verificação do fato. O dispositivo consignará a *procedência do pedido*, condenando-se a Caixa Econômica Federal ao pagamento das custas do processo e de honorários advocatícios.

Suponha-se que, mais tarde, já transitada em julgado a sentença, se perceba que o autor da demanda não possuía conta de FGTS no período pertinente. Não haverá crédito a receber. O autor, então, poderá perguntar: mas eu não fui considerado vencedor? A Justiça não disse que eu tinha algo a receber? Meu pedido não foi julgado procedente?

Além disso, se o autor não possuía conta, a Caixa não terá dado causa injusta à demanda. Como, então, será possível impor-lhe as custas do processo? Não houve crédito a menor. A resposta é uma só: na demanda condenatória, o pedido deveria ter sido julgado improcedente, pela indemonstração do fato constitutivo do direito do autor. E este é que deveria suportar os ônus da sucumbência.

Nem se diga que a existência de conta e de saldo deve ser objeto de impugnação na contestação. Esses fatos são do tipo que exigem prova documental, uma vez que não há conta bancária não documentada. Não é possível presumir a existência de conta e de saldo pelo simples silêncio da demandada, mormente quando se sabe que a inicial quase nunca indica o saldo. Se o autor não possui os extratos, deve solicitá-los à Caixa. Se a Caixa não os fornece, o interessado deverá lançar mão dos meios jurídicos cabíveis para obtê-los. Mas não é possível presumir, pelo silêncio da CEF, que o autor era titular de conta de FGTS.

Por tudo isso, andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao decidir que *os depósitos em contas vinculadas ao FGTS constituem pressuposto indispensável ao reconhecimento do direito às diferenças de correção monetária não creditadas em razão dos expurgos inflacionários e por isso a existência deles nos períodos respectivos deve ser provada no curso do processo de conhecimento*” e que *“não discrepa disso a decisão que admite, como prova dos depósitos, em substituição aos extratos de contas, outros documentos emitidos pela Caixa Econômica*

*Federal contendo dados que permitem a conclusão de que havia depósitos na época referida pela petição inicial.*¹⁴

Entendendo desse modo, o Superior Tribunal de Justiça observa a melhor técnica, cumpre as finalidades do processo de conhecimento e age de modo que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi dito, o que se conclui é o seguinte:

a) a sentença deve conter a regra jurídica concreta para o caso trazido a exame; isso se obtém pela aplicação da regra jurídica, prevista em abstrato no ordenamento jurídico, ao fato reconstruído pela prova;

b) o juiz não pode limitar-se a pronunciar-se sobre a tese jurídica discutida pelas partes, postergando a análise do fato para a liquidação da sentença ou para a execução;

c) dentre as hipóteses que autorizam o julgamento antecipado do mérito está a *questão unicamente de direito*, que surge quando as partes controvertem apenas a respeito do aspecto jurídico da causa de pedir, sem dissentirem quanto ao fato;

d) mesmo quando julga antecipadamente o mérito, entendendo que a questão é unicamente de direito, o juiz aplica a regra jurídica ao caso concreto; nesse caso, o julgador pressupõe que o fato ocorreu de acordo com a versão única, jamais relegando sua análise para momento posterior;

e) agindo desse modo, o sentenciante desenvolve atividade útil e de acordo com a melhor técnica, colaborando para a eficiência e rapidez da prestação jurisdicional.

¹⁴ Ac. unân. da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo regimental no agravo de instrumento n. 0135783, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19-5-97, DJU de 9-6-97, p. 25.528.